



**University of  
Zurich**<sup>UZH</sup>

**Zurich Open Repository and  
Archive**

University of Zurich  
University Library  
Strickhofstrasse 39  
CH-8057 Zurich  
[www.zora.uzh.ch](http://www.zora.uzh.ch)

---

Year: 2011

---

## **Abreden im Horizontalverhältnis: Bereichsübersicht Art. 5 KG**

Heinemann, Andreas

Posted at the Zurich Open Repository and Archive, University of Zurich  
ZORA URL: <https://doi.org/10.5167/uzh-53733>  
Book Section

Originally published at:

Heinemann, Andreas (2011). Abreden im Horizontalverhältnis: Bereichsübersicht Art. 5 KG. In: Amstutz, Marc; et al. Die Praxis des Kartellgesetzes im Spannungsfeld von Recht und Ökonomie = La loi sur les cartels dans la pratique: entre droit et économie. Zürich: Schulthess Verlag, 115-136.

# Abreden im Horizontalverhältnis – Bereichsübersicht Art. 5 KG

*Andreas Heinemann\**

## Inhaltsübersicht

- I. Einleitung
  - II. Elektroinstallationsbetriebe Bern
  - III. Interchange Fees
  - IV. Krankenzusatzversicherung Kanton Luzern
  - V. Buchpreisbindung
  - VI. Zivilrechtsfolgen kartellrechtswidriger Horizontalabreden
  - VII. Ausblick
- Bibliographie/Literatur

## I. Einleitung

Die Kooperation zwischen Wettbewerbern ist vielgestaltig und von unterschiedlicher Intensität. Sie reicht von der Zusammenarbeit bei Beschaffung, Produktion, Finanzierung und Absatz über die gemeinsame Forschung und Entwicklung und Normierung bis hin zu den Kernbeschränkungen, die dem Kartellrecht seinen Namen gegeben haben. Die kartellrechtliche Bewertung fällt dementsprechend differenziert aus und hängt vom gesamten rechtlichen und wirtschaftlichen Zusammenhang ab. Viele Abreden führen nicht zu einer erheblichen Beeinträchtigung des Wettbewerbs oder lassen sich durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz rechtfertigen.<sup>1</sup> Andere haben einen so hohen Unwertgehalt, dass die Verhängung einer direkten Sanktion erforderlich ist.<sup>2</sup>

---

\* Prof. Dr. iur., Ordinarius an der Universität Zürich.

<sup>1</sup> Die Wettbewerbskommission (im folgenden: Weko) hat in ihrer KMU-Bekanntmachung die Voraussetzungen konkretisiert, unter denen von einer beschränkten Marktwirkung auszugehen ist, s. Weko, Bekanntmachung betreffend Abreden mit beschränkter Marktwirkung (KMU-Bekanntmachung) v. 19. Dezember 2005.

<sup>2</sup> Ein an den internationalen Beobachter adressierter Überblick über alle materiellrechtlichen und verfahrensrechtlichen Aspekte der Verfolgung horizontaler Kernbeschränkungen in der Schweiz findet sich in ICN 2009.

Der Berichtszeitraum spiegelt die Vielfalt der Fragestellungen eindrücklich wider. Im Fall der *Elektroinstallationsbetriebe Bern* wurde erstmals ein Kartell mit direkten Sanktionen belegt (II.). Die Untersuchungen über *Interchange Fees* haben deutlich gemacht, dass selbst horizontale Abreden über Preise oder Preisbestandteile einer wettbewerblichen Abwägung zugänglich sind, die unter eng gefassten Voraussetzungen zur Rechtmässigkeit der Koordination führen kann (III.). Bei der Prüfung der gemeinschaftlichen Tarifverhandlungen über Krankenzusatzversicherungen im Kanton Luzern stand der Aspekt der Gegenmachtbildung im Zentrum (IV.). Nachdem sich das Kartellrecht als eine unüberwindbare Barriere für ein vertragliches System der Buchpreisbindung erwiesen hat, ist die parlamentarische Diskussion im Gange, ob ein gesetzliches Buchpreisbindungssystem errichtet werden sollte (V.). Im Rahmen der KG-Evaluation wurden die Lücken des zivilrechtlichen Schutzes gegen *hard-core*-Kartelle beleuchtet (VI.).

## II. *Elektroinstallationsbetriebe Bern*

### A. Sachverhalt

Acht Elektroinstallationsbetriebe aus dem Raum Bern praktizierten von 2006 bis 2008 ein Submissionskartell, durch das sie sich gegenseitig öffentliche und private Aufträge für Elektroinstallationen zuschanzten. Sie folgten dabei dem typischen Grundmuster: Sensible Informationen wurden ausgetauscht und Kunden zugeteilt. Das Vergabeverfahren wurde durch Scheinofferten manipuliert. Zwar wurden keine Ausgleichszahlungen zwischen den Kartellanten vorgenommen; der Vorteil für das einzelne Unternehmen bestand aber darin, dass jedes von ihnen einmal an der Reihe war (Rotationskartell).<sup>3</sup> Die Weko verhäng Geldbussen von insgesamt 1,24 Millionen CHF.<sup>4</sup> Das Verfahren gegen die in die Untersuchung einbezogenen Verbände wurde mangels Tatverdacht eingestellt.

---

<sup>3</sup> Da der Fall durch einvernehmliche Regelungen abgeschlossen wurde, erfolgte keine vollständige Abklärung des Sachverhalts. In der Verfügung werden aber zumindest "starke Indizien" für ein Rotationskartell festgestellt, s. Weko (unten Fn. 4) Rn. 58-61.

<sup>4</sup> WEKO, 6.7.2009 – *Elektroinstallationsbetriebe Bern*, RPW 2009, 196. S. die eingehende Analyse von WEBER/RIZVI 2010.

## **B. Verstoss gegen das Kartellverbot**

Was den Tatbestand der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs betrifft, und zwar in Form der Vermutung nach Art. 5 Abs. 3 KG, so ist der Fall unproblematisch: Die Beteiligten waren Unternehmen derselben Marktstufe und sprachen Preise und Preisbestandteile ab, so dass eine direkte und indirekte Festsetzung von Preisen i.S. von Art. 5 Abs. 3 lit. a KG vorliegt. Ausserdem wurden die Aufträge einzelnen Beteiligten zugewiesen, so dass auch eine Abrede über die Aufteilung von Märkten nach Geschäftspartnern i.S. von Art. 5 Abs. 3 lit. c KG gegeben ist. Zu Recht lehnt die Weko das Argument ab, nach dem es an einem Wettbewerbsverhältnis fehle, wenn sich Unternehmen aufgrund der Absprache nicht an einer Ausschreibung beteiligen oder lediglich eine Scheinofferte abgeben. Auch durch die einverständliche Nichtteilnahme an einem Ausschreibungsverfahren wird eine Wettbewerbsbeschränkung bezweckt und bewirkt, nämlich die Handlungsfreiheit im Hinblick auf einen essentiellen Wettbewerbsparameter, der Teilnahme am Markt, eingeschränkt, so dass eine Wettbewerbsabrede i.S. von Art. 4 Abs. 1 KG vorliegt.<sup>5</sup> Die Umstossung der Vermutung gelingt nicht: Angesichts der Tatsache, dass die grössten Elektrounternehmen am Kartell beteiligt waren, und der Preis auf den relevanten Märkten der dominante Wettbewerbsparameter ist, besteht kein ausreichender Aussen- oder Innenwettbewerb.

## **C. Sanktionierung**

Was die Sanktionierung betrifft, so sind zwei Gesichtspunkte von allgemeiner Bedeutung: Obwohl die Weko in der Vergangenheit wiederholt die Vorwerfbarkeit des Verhaltens im Zusammenhang mit der Verhängung einer direkten Sanktion geprüft hat, betont sie in ihrem Entscheid besonders, dass Verschulden kein Tatbestandsmerkmal der direkten Sanktionen sei. Sie kann sich dabei auf den Wortlaut von Art. 49a Abs. 1 KG (und die Botschaft zur KG-Revision 2003<sup>6</sup>) berufen, in dem keine Rede von Vorsatz oder Fahrlässigkeit ist. Auch wenn man dies vor dem Hintergrund von Art. 6 Abs. 2 EMRK (Schuldprinzip) anders sieht,<sup>7</sup> wirkt sich die Kontroverse im vorliegenden Fall nicht aus, weil zweifellos Verschulden vorliegt, und dies von der Weko (aus ihrer Perspektive hilfsweise) auch nachgewiesen wird.<sup>8</sup>

---

<sup>5</sup> WEKO (oben Fn. 4) Rn. 56.

<sup>6</sup> Botschaft über die Änderung des Kartellgesetzes, BBl 2002, 2022 (2034).

<sup>7</sup> S. Baker&McKenzie-PETER REINERT, Art. 49a KG N 5 m.w.H.

<sup>8</sup> WEKO (oben Fn. 4) Rn. 105-109.

Der zweite Aspekt betrifft den Einfluss der Bonus-Regelung. Das Kartell wurde durch Hinweis eines Dritten aufgedeckt, so dass für einen vollständigen Erlass der Sanktion keine "Eröffnungskooperation" i.S. von Art. 8 Abs. 1 lit. a KG-Sanktionsverordnung (SVKG), wohl aber eine "Feststellungskooperation" i.S. von lit. b der Vorschrift in Betracht kam. Die ersten Bonus-Meldungen trafen unmittelbar nach Beginn der Hausdurchsuchungen ein. Im Verlauf des Verfahrens nahmen alle Beteiligten solche Meldungen vor. Dasjenige Unternehmen, welches dem nachfolgenden Unternehmen um eine gute Stunde mit seiner Bonus-Meldung zuvorgekommen war, kam in den Genuss eines vollständigen Sanktionserlasses. Die Weko klärt damit im positiven Sinn die kontrovers diskutierte Frage, ob Meldungen, die erst nach Beginn einer Hausdurchsuchung gemacht werden, zur vollständigen Reduktion der Sanktion führen können.<sup>9</sup> Sie verweist darauf, dass das so vermittelte Hintergrundwissen die Aktenauswertung erleichterte, und dass zum Zeitpunkt der Meldung noch keine Gewissheit darüber bestand, ob das beschlagnahmte Material zur Überführung ausreichen würde.<sup>10</sup> Aufgrund derselben Erwägungen wurden die Sanktionen der später meldenden Unternehmen reduziert.<sup>11</sup>

#### **D. Umschlagen legitimer Zusammenarbeit in kartellrechtswidriges Verhalten**

Ein weiterer aufschlussreicher Aspekt des Falles betrifft den Arbeitsgemeinschaftsgedanken. Es ist anerkannt, dass kein beschränkungsfähiger Wettbewerb vorliegt, wenn Unternehmen sich gemeinsam für ein Projekt bewerben, das keines von ihnen ohne Mitwirkung der anderen stemmen könnte. Sie bilden dann üblicherweise eine Arbeitsgemeinschaft (ARGE). Dem Kartell der Berner Elektroinstallationsbetriebe gingen Bemühungen um das Zustandekommen einer ARGE im Zusammenhang mit dem Grossprojekt Berner Westside voraus. Der so entstandene Kontakt wurde zu regelmässigen, nämlich monatlichen Treffen ausgebaut, die dem Informationsaustausch dienten und in das gebüsste Kartell mündeten.<sup>12</sup> Der Fall verdeutlicht damit die Gefahren, die aus der Annäherung von Konkurrenten resultieren, selbst wenn die

<sup>9</sup> S. zu dieser Frage Baker&McKenzie-PETER REINERT, Art. 49a KG N 19 m.w.H.

<sup>10</sup> WEKO (oben Fn. 4) Rn. 158-163.

<sup>11</sup> Und zwar für alle Beteiligten um 40 %. Die Weko differenziert den Reduktionssatz angesichts der besonderen Umstände des Falles nicht nach dem zeitlichen Rang der jeweiligen Meldung, behält sich die Möglichkeit einer solchen Staffelung für die Zukunft aber vor, s. WEKO (oben Fn. 4) Rn. 170.

<sup>12</sup> WEKO (oben Fn. 4) Rn. 14 ff.

Zusammenarbeit zunächst wirtschaftlich sinnvoll und kartellrechtlich unbedenklich ist. Auch bei harmloser Kooperation sollte deshalb von Beginn an grösster Wert auf Compliance gelegt und die rote Linie nicht aus den Augen verloren werden, jenseits derer der Gesetzesverstoss beginnt.

## E. Gesamtzusammenhang

Das Berner Elektrokartell hat paradigmatische Bedeutung: Erstmals wurde eine horizontale Wettbewerbsabrede mit einer direkten Sanktion belegt. Dies war beim Tessiner Strassenbelagskartell wegen der bis zum 31.3.2005 laufenden Übergangsfrist noch nicht möglich.<sup>13</sup> Gleichzeitig erinnert der Fall an die Gefahren, die für die öffentlichen und privaten Budgets von Submissionskartellen ausgehen.<sup>14</sup> Die Weko hat einen langfristigen Schwerpunkt auf die Bekämpfung der Submissionsabsprachen gelegt.<sup>15</sup> Sie arbeitet mit den Beschaffungsstellen in Bund und Kantonen zusammen, um in Bezug auf Submissionskartelle stärker zu sensibilisieren. In einem mutmasslichen Submissionsfall im Bereich des Strassen- und Tiefbaus in den Kantonen Aargau und Zürich wurde im Berichtszeitraum eine Untersuchung eröffnet.<sup>16</sup>

Submissionsabsprachen sind nur eine besondere Form horizontaler Kernbeschränkungen. Bei der Weko sind weitere Verfahren anhängig, die den Verdacht der Kartellbildung zum Gegenstand haben. Die Fälle betreffen Komponenten für Heiz-, Kühl- und Sanitäranlagen, Türelemente, die Kosmetik- und Parfümeriebranche, Speditionsleistungen, Baubeschläge für Fenster, Fenstertüren und Türen sowie Preiselemente im Bereich der Luftfracht. Der Ausgang

---

<sup>13</sup> WEKO, 19.11.2007 – *Strassenbeläge Tessin*, RPW 2008, 85. S. für die Zeit vor der KG-Revision von 2003 den ähnlich gelagerten Fall in der Ostschweiz: Weko, 4.12.2000 – *Markt für Strassenbeläge*, RPW 2000, 588. Im Fall der Schweizerischen Landesbibliothek, der ebenfalls nach altem Recht zu beurteilen war, und in dem es um den Verdacht auf Vorliegen eines Submissionskartells ging, wurde das Verfahren hingegen aus Mangel an Beweisen eingestellt, s. WEKO, 19.11.2007 – *Submission Betonsanierung am Hauptgebäude der Schweizerischen Landesbibliothek (SLB)*, RPW 2009, 339 mit Nachweis des Instanzenzugs.

<sup>14</sup> Zu allen kartell- und strafrechtlichen Aspekten der Submissionskartelle s. HEITZ 2008.

<sup>15</sup> Jahresbericht 2008 der Wettbewerbskommission, RPW 2009, 1 (2). Wenig hilfreich ist es, dass das Bundesgericht im Zusammenhang mit einem Submissionskartell entschieden hat, dass das Kartellrecht nicht zum *ordre public* i.S. von Art. 190 Abs. 2 lit. e IPRG gehöre, s. BGE 132 III 389. Nach dieser Auffassung kann ein Schiedsentscheid nicht deshalb angegriffen werden, weil Kartellrecht nicht oder nicht richtig angewandt wurde. S. die Kritik bei HEINEMANN 2009a, S. 105 ff.; WEBER/RIZVI 2010, S. 9.

<sup>16</sup> WEKO, Pressemitteilung vom 8.6.2009. Zur Rechtmässigkeit der Entsiegelung der Unterlagen, die bei der Durchsuchung sichergestellt und versiegelt wurden, s. Bundesstrafgericht, BE.2009.21 v. 14.1.2010.

dieser Verfahren bleibt abzuwarten. Jedenfalls lässt sich festhalten, dass die direkten Sanktionen, die in der kartellbehördlichen Praxis zunächst für den Missbrauch marktbeherrschender Stellungen und sodann für vertikale Wettbewerbsabreden verhängt wurden, nun auch die Kartelle im eigentlichen Sinn ereilt haben. Im Interesse der Stärkung der Wettbewerbskultur ist diese Entwicklung sehr zu begrüßen.

### **III. *Interchange Fees***

#### **A. Grundkonstellation**

Ebenfalls dem Thema der horizontalen Wettbewerbsabreden sind die sogenannten "Verrechnungsgebühren" oder "Interchange Fees" im Zusammenhang mit Kredit- bzw. Debitkarten zuzuordnen. Sie stellen den Preis für bestimmte Dienstleistungen im komplexen Vierparteiensystem von Händler, Acquirer, Issuer und Karteninhaber dar. Der Issuer gibt die Karte an den Karteninhaber ab und verlangt hierfür häufig, aber nicht immer, eine Kartengebühr. Der Acquirer schließt Verträge mit Händlern über die Akzeptanz von Kredit- und Debitkarten. Der Karteninhaber zahlt die vom Händler bezogenen Waren oder Dienstleistungen mit der Karte. Der Acquirer vergütet dem Händler den Kaufpreis und lässt sich diesen vom Issuer rückvergüten, der die Summe seinerseits vom Karteninhaber einzieht. Während eine Debitkarte sich auf die Funktion der bargeldlosen Bezahlung (und der Bargeldabhebung) beschränkt, haben Kreditkarten demgegenüber auch eine Kreditfunktion: Der Karteninhaber wird nicht sofort nach der Transaktion belastet.

Die Interchange Fee ist der Preis, den ein Acquirer pro Transaktion an einen Issuer bezahlt. Sie wird vom Acquirer über die Händlerkommission auf die Händler abgewälzt. Auf diesem Weg gehen die Kommissionen in die Preiskalkulation der Händler ein und werden im Ergebnis von den Kunden, nämlich den Karteninhabern getragen. Die Höhe der Interchange Fee ist auch von Bedeutung für die Höhe der Kartengebühr: Je mehr ein Issuer durch die Interchange Fee einnimmt, desto niedriger kann die Kartengebühr ausfallen, die dem Karteninhaber in Rechnung gestellt wird (und vice versa). Dieser Zusammenhang erklärt auch, warum "kostenlose" Karten nicht nur denkbar, sondern in der Praxis auch üblich sind. Entsprechendes gilt für Karten mit negativem Preis, wenn nämlich dem Karteninhaber für den Erwerb der Karte geldwerte Vorteile eingeräumt werden.



Kartellrechtlich relevant werden die Interchange Fees, wenn sie nicht einzeln zwischen Acquirer und Issuer, sondern kollektiv für mehrere Acquirer oder Issuer ausgehandelt werden. Die Weko war und ist mit den Preisfestlegungsmechanismen der grossen Kredit- und Debitkartensysteme befasst.

## **B. Kreditkarten Visa und MasterCard**

Am 16.7.2009 hat die Weko eine Untersuchung in Bezug auf die Kreditkartensysteme von Visa und MasterCard eröffnet. Diese Untersuchung steht im Zusammenhang mit einem früheren Verfahren, das im Dezember 2005 mit einer einvernehmlichen Regelung abgeschlossen worden war.<sup>17</sup> Die damalige Regelung war auf vier Jahre befristet, so dass nun zu untersuchen war, welche Erfahrungen gemacht wurden, und welche rechtlichen Schritte in der Zukunft erforderlich sind. In der einvernehmlichen Regelung von 2005 hatte die Weko festgestellt, dass die multilaterale Festlegung der für inländische Kartentransaktionen geltenden Interchange Fee (DMIF: Domestic Multilateral Interchange Fee) als Preisabrede zu qualifizieren sei. Die Vermutung in Art. 5 Abs. 3 lit. a KG könne aber aufgrund von ausreichendem Restwettbewerb auf dem Acquiring- und Issuing-Markt umgestossen werden. Es liege dennoch eine erhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs vor, die aber aus Gründen der wirtschaftlichen Effizienz gerechtfertigt werden könne, wenn bestimmte Kautelen eingehalten würden.

So ordnete die Kommission an, dass die Interchange Fees auf die tatsächlichen Netzwerkkosten zu begrenzen sind, was im Zeitverlauf zu einer Herabsetzung von durchschnittlich 1,7 % auf 1,3 % führte.<sup>18</sup> Die Transparenz gegenüber den Händlern wurde verbessert: Die Acquirer sind seitdem dazu verpflichtet, den Händlern die relevanten Gebührensätze der Issuer bekannt zu geben. Die Händler werden dadurch besser in die Lage versetzt, tiefere Händlerkommissionen zu verhandeln. Ausserdem fiel die Nichtdiskriminierungsklausel in den Akzeptanzverträgen: Die Händler erhielten das Recht, vom Kunden unterschiedliche Konditionen je nach Zahlungsmittel zu verlangen. So können sie einen Barzahlungsrabatt gewähren oder einen Zuschlag bei Kartenzahlung fordern. Der Wettbewerb zwischen den verschiedenen Zahlungsmitteln soll hierdurch gestärkt werden. Schliesslich wurde zur Vermeidung von Kollisionsgefahr der Austausch firmenspezifischer Daten untersagt.<sup>19</sup>

---

<sup>17</sup> WEKO, 5.12.2005 – *Kreditkarten – Interchange Fees*, RPW 2006, 65.

<sup>18</sup> S. die Zahlenangaben in NZZ, 29.1.2010, S. 25.

<sup>19</sup> WEKO (oben Fn. 17) Tz. 397-399.



In der laufenden Untersuchung wird zu klären sein, inwieweit diese Lösung angesichts der aktuellen Marktverhältnisse mit Art. 5 KG in Einklang steht. Auf der Jahrespressekonferenz 2009 traf die Weko bereits einige Feststellungen, die den definitiven Schlussfolgerungen allerdings nicht vorgreifen sollen.<sup>20</sup> Danach hat sich der Wettbewerb auf den Kreditkartenmärkten erheblich intensiviert. Es kam zu Senkungen der Interchange Fees, die offensichtlich nicht durch eine Erhöhung der Kartengebühren kompensiert wurden. Auch sanken die Händlerkommissionen. Die Auswirkungen auf die Konsumenten werden vom Sekretariat der Weko seit 2008 untersucht. Die bisher vorgelegten Ergebnisse erscheinen ambivalent. Der Ausgang des laufenden Verfahrens wird von weiteren Analysen, z.B. zu den Netzwerkkosten abhängen.<sup>21</sup> Am 25.1.2010 hat die Weko vorsorgliche Massnahmen verfügt, die wiederum auf einer einvernehmlichen Regelung beruhen. Die Interchange Fees werden von 1,282 % auf 1,058 % gesenkt. Es erfolgt eine Orientierung an den kosteneffizientesten Marktteilnehmern. Die Massnahmen sind auf maximal drei Jahre begrenzt und sollen den materiellen Endentscheid nicht präjudizieren.<sup>22</sup>

### C. Debitkarten V Pay und Maestro

Entsprechende Probleme stellen sich im Bereich der Debitkarten. Auch hier werden multilateral festgesetzte Interchange Fees praktiziert oder sind zumindest in Planung. Das von Visa Europe initiierte Debitkartensystem V Pay wurde vom Sekretariat der Wettbewerbskommission im April 2009 unter bestimmten Voraussetzungen für kartellrechtskonform erklärt.<sup>23</sup> Es liegt zwar

<sup>20</sup> WEKO, Jahrespressekonferenz vom 2.4.2009, Referate unter [www.weko.admin.ch/dokumentation/00226/index.html?lang=de](http://www.weko.admin.ch/dokumentation/00226/index.html?lang=de).

<sup>21</sup> Zu einem vergleichbaren Verfahren in der EU s. EUROPÄISCHE KOMMISSION, 19.12.2007 – *MasterCard*, ABl. EU 2009, C 264/8 (Rechtsmittel beim EuG anhängig unter der Nummer T-111/08). MasterCard verpflichtete sich in der Folge, die durchschnittlichen Interchange Fees für Kreditkarten auf 0,30 % (von zuvor 0,80 % – 1,90 %), für Debitkarten auf 0,20 % (von zuvor 0,40 % – 0,75 %) zu senken, s. EUROPÄISCHE KOMMISSION, IP/09/515 und MEMO/09/143 vom 1.4.2009. Im Mittelpunkt steht der "tourist test": Die Interchange Fee darf nicht höher als die Ersparnis sein, die der Händler aufgrund der Kartenzahlung im Vergleich zur Barzahlung macht. S. auch das Verfahren gegen VISA: EUROPÄISCHE KOMMISSION, MEMO/09/151 vom 6.4.2009, "Visa erhält Mitteilung der Beschwerdepunkte". Zum gesamten Themenkreis s. FOREST/VAIGAUSKAITE 2009.

<sup>22</sup> WEKO, 25.1.2010 – *KK-DMIF II* (vollständiger Wortlaut der Verfügung unter [www.weko.admin.ch](http://www.weko.admin.ch)). Die Weko lässt die Frage offen, ob es mit dem kostenbasierten Ansatz in der praktizierten oder einer verbesserten Version sein Bewenden hat, oder ob der Wechsel zu einem anderen Ansatz, z.B. zu dem in den europäischen Verfahren benutzten *tourist test* angezeigt ist (WEKO, *ibid.*, S. 33).

<sup>23</sup> WEKO-SEKRETARIAT, Schlussbericht vom 27.4.2009, Geplante Einführung einer DMIF für das Debitkartensystem Visa V Pay, RPW 2009, 122.

auch hier wie im Kreditkartenfall ein Vier-Parteien-System vor, für welches die Interbankenentgelte zentral festgelegt werden sollen, was als horizontale Wettbewerbsabrede zu qualifizieren ist.<sup>24</sup> Das System wird auch als Preisabrede eingestuft, welche die Vermutung in Art. 5 Abs. 3 lit. a KG auslöst.<sup>25</sup> Aber auch hier gelingt die Umstossung der Vermutung, da die Einführung einer neuen Debitkarte in der Schweiz zu intensiverem Wettbewerb führen wird. Aufgrund dieses Effekts kann nach Auffassung des Sekretariats nicht einmal von einer erheblichen Wettbewerbsbeschränkung die Rede sein, so dass es der Prüfung der Effizienzrechtfertigung nicht bedarf.<sup>26</sup> Erheblichkeit wird erst nach erfolgreichem Abschluss des Marktzutritts eintreten.<sup>27</sup>

Das Sekretariat formuliert Voraussetzungen, bei deren Erfüllung auf die Eröffnung einer Untersuchung verzichtet werden kann. Die Unerheblichkeit der Beeinträchtigung ist danach nur bis zur Erlangung eines Marktanteils von 15 % gegeben, höchstens aber für drei Jahre. Der durchschnittliche Maximalbetrag pro Transaktion darf 20 Rappen nicht überschreiten. Wie bei den Kreditkarten darf auch hier keine Nichtdiskriminierungsklausel mit den Händlern vereinbart werden.<sup>28</sup>

Ebenfalls im Jahr 2009 wurde eine Vorabklärung gegen Maestro eröffnet wegen der geplanten Einführung einer Interchangegebühr für die führende Debitkarte.<sup>29</sup> Auch hier stellt sich die Grundsatzfrage, ob und wenn ja, unter welchen Bedingungen, das KG die multilaterale Vereinbarung solcher Entgelte zulässt.<sup>30</sup> Der Sachverhalt unterscheidet sich grundlegend vom V Pay-Fall, da Maestro der Marktführer ist. Die Weko wird zu klären haben, ob die in den anderen Kartenfällen entwickelten Grundsätze auf Unternehmen mit grosser Marktmacht übertragen werden können.

---

<sup>24</sup> Es spielt dabei keine Rolle, dass die Interchange Fees für V Pay nicht von Issuern und Acquireern gemeinsam in Kartengremien ausgehandelt, sondern durch den Vorstand von Visa Europe festgelegt werden. Nach den Feststellungen des Sekretariats kommt es im Ergebnis auch auf diesem Weg zu horizontalen Wirkungen, s. WEKO-SEKRETARIAT (oben Fn. 23) Tz. 77-81.

<sup>25</sup> WEKO-SEKRETARIAT (oben Fn. 23) Tz. 85-88.

<sup>26</sup> Hilfsweise werden dennoch entsprechende Überlegungen angestellt, s. WEKO-SEKRETARIAT (oben Fn. 23) Tz. 145-154.

<sup>27</sup> WEKO-SEKRETARIAT (oben Fn. 23) Tz. 140-144.

<sup>28</sup> WEKO-SEKRETARIAT (oben Fn. 23) Tz. 163.

<sup>29</sup> WEKO, Pressemitteilung vom 7.5.2009.

<sup>30</sup> Vorausgegangen war eine verfahrensrechtliche Streitigkeit über die Tragweite des Meldeverfahrens nach Art. 49a Abs. 3 lit. a KG. Das Bundesgericht entschied, dass diese Vorschrift im Ergebnis keinen Anspruch auf eine verbindliche kartellrechtliche Abklärung im Vorfeld verschafft, s. BGE 135 II 60.

## D. Ausblick

Die Fälle verdeutlichen, dass auch horizontale Preisabsprachen einer wettbewerblichen Rechtfertigung zugänglich sind, wenn die besonderen Umstände des Falles eine Effizienzsteigerung belegen und der Wettbewerb nicht vollständig beseitigt wird. Bei den multilateral ausgehandelten Interbankenentgelten kommen zwei besondere ökonomische Effekte zum Tragen. Einerseits besteht ein Netzwerkeffekt: Der Nutzen für den Karteninhaber steigt mit der Zahl der Akzeptanzstellen. Der Nutzen der Akzeptanzstellen steigt mit der Zahl der Karteninhaber. Gleichzeitig sind die Kartensysteme Beispiele für *two-sided markets* bzw. *multi-sided platforms*.<sup>31</sup> Die Systemanbieter müssen darauf achten, dass das System für alle Nutzergruppen attraktiv ist. Die Konditionen für einzelne Nutzergruppen haben Rückwirkungen auf andere. Beispielsweise können hohe Interchangegebühren dazu dienen, die Jahresgebühr der Karteninhaber zu senken und damit die Karte weiter zu verbreiten. Allerdings erhöhen sich auf diesem Weg auch die Händlerkommissionen, so dass weniger Händler geneigt sein werden, die Karte zu akzeptieren. Preisstrategien, die in isolierter Betrachtung bedenklich erscheinen, lassen sich durch solche Zusammenhänge ökonomisch erklären. Bei der Kartellrechtsanwendung sind diese Ansätze deshalb zu berücksichtigen.<sup>32</sup>

Schliesslich sei ein weiterer systematischer Aspekt herausgegriffen. Spricht man von kartellrechtlicher Preiskontrolle, so hat man meistens den Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung im Sinn. Die Kartenfälle machen deutlich, dass nicht nur Marktbeherrscher einer solchen Preiskontrolle unterliegen. Auch im Bereich der Wettbewerbsabreden ist Preiskontrolle möglich, nämlich dann, wenn die Festsetzung einer Preisobergrenze dazu dient, der Entstehung von Kartellrenten vorzubeugen und die Kooperation auf die Erreichung der geltend gemachten Effizienzziele zu beschränken. Dabei ist natürlich immer vorauszusetzen, dass die multilaterale Form der Preisfestsetzung Effizienzvorteile gegenüber dem bilateralen Aushandeln hat.<sup>33</sup>

---

<sup>31</sup> Grundlegend ROCHET/TIOLE 2003.

<sup>32</sup> Und werden auch berücksichtigt, s. z.B. WEKO (oben Fn. 17) Tz. 344-348; WEKO-SEKRETARIAT (oben Fn. 23) Tz. 151.

<sup>33</sup> S. hierzu WEKO (oben Fn. 17) Tz. 327 ff.

## **IV. *Spitalzusatzversicherung Kanton Luzern***

### **A. Einkaufsgemeinschaften und Kartellverbot**

Die Weko hatte zu klären, ob die Krankenversicherer bei der Aushandlung der Tarifverträge im Bereich der Spitalzusatzversicherungen Verhandlungsgruppen bilden dürfen. Die Behörde bejahte diese Frage unter bestimmten Voraussetzungen und stellte die Untersuchung ein.<sup>34</sup> Systematisch gesehen geht es um die Fallgruppe der Einkaufsgemeinschaften ("Joint Purchasing"), also um die Kooperation auf der Seite der Nachfrage. Die Definition der Wettbewerbsabrede in Art. 4 Abs. 1 KG differenziert nicht danach, ob sich die Wettbewerbsbeschränkung auf den Absatz oder die Nachfrage bezieht. Eine solche Unterscheidung findet sich auch nicht in Art. 5 KG. Die Definition des Unternehmens in Art. 2 Abs. 1<sup>bis</sup> KG stellt klar, dass nicht nur das Anbieten von Gütern und Dienstleistungen im Wirtschaftsprozess, sondern auch die Nachfrage hiernach die Unternehmenseigenschaft und damit den Weg in das Kartellrecht öffnet.

Im Ausgangspunkt gilt deshalb, dass nicht nur Abreden zwischen Anbietern, sondern auch zwischen Nachfragern am Massstab des Kartellverbots zu überprüfen sind.<sup>35</sup> Die Wettbewerbskommission stellte fest, dass die gemeinsame Aushandlung der Tarifverträge durch Gruppen von Versicherern den Vermutungstatbestand des Art. 5 Abs. 3 lit. a KG erfüllt.<sup>36</sup> Die Vermutung kann aber umgestossen werden, da die Mehrheit der Zusatzversicherer nicht an den gemeinsamen Verhandlungen teilgenommen hat (darunter auch grosse Versicherer mit bedeutenden Versichertenbeständen), und somit ausreichender Aussenwettbewerb besteht.<sup>37</sup>

### **B. Anforderungen an Kooperationen von Nachfragern**

Nach den Feststellungen der Weko liegt nicht einmal eine erhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs vor: Zwar war ein grosser Versicherer an der

---

<sup>34</sup> WEKO, 6.10.2008 – *Tarifverträge Zusatzversicherung Kanton Luzern*, RPW 2008, 544.

<sup>35</sup> WEKO (oben Fn. 34) Tz. 75: Art. 5 Abs. 3 lit. a KG unterscheidet nicht zwischen Verkaufs- und Einkaufspreisen. Art. 5 Abs. 3 lit. b KG bezieht ausdrücklich die Abreden über die Einschränkung von Bezugsmengen ein, so dass es widersprüchlich wäre, Abreden über Einkaufspreise dem Vermutungstatbestand zu entziehen.

<sup>36</sup> WEKO (oben Fn. 34) Tz. 70-78.

<sup>37</sup> WEKO (oben Fn. 34) Tz. 109.

Abrede beteiligt. Die andere Beteiligte hat aber lediglich einen kleinen Marktanteil, so dass wegen der geringen Marktanteilsaddition die Erheblichkeit zu verneinen ist.<sup>38</sup> Damit ist die Prüfung von Art. 5 KG eigentlich abgeschlossen, und zwar im Sinn der Kartellrechtskompatibilität der untersuchten Verhaltensweisen. Dennoch fährt die Weko mit hypothetischen Überlegungen zur Effizienzrechtfertigung fort. Sie verweist auf den Musterfallcharakter und das Bedürfnis nach Rechtssicherheit der Beteiligten, was die kartellrechtlichen Anforderungen an die Kooperation von Versicherungen betrifft.<sup>39</sup> Im Mittelpunkt steht dabei das Gegenmachtkonzept, das auf *John Kenneth Galbraith* zurückgeht.<sup>40</sup>

Auf der einen Seite stehen die kantonalen Spitäler, die der einheitlichen Leitung des Kantons Luzern unterstehen, so dass sie in der funktionalen Betrachtungsweise des Kartellrechts als Einheit, nämlich als Konzern zu betrachten sind. Nach den Feststellungen der Weko hat diese Einheit eine marktbeherrschende Stellung. Auf der anderen Seite stehen die Versicherer, welche die Rechnungen der Versicherten im Bereich der Spitalzusatzversicherung zu begleichen haben.<sup>41</sup> Die Weko schreibt ihnen eine relativ schwache Stellung zu und hält deshalb Anstrengungen zur Bildung von Gegenmacht durch eine Verhandlungsgemeinschaft für gerechtfertigt. Dabei darf es allerdings nicht zu negativen Folgen auf dem nachgelagerten Markt gegenüber den Versicherten kommen.<sup>42</sup> Die Weko stellt fest, dass im Kanton Luzern auf diesem Markt wirksamer Wettbewerb besteht, so dass Einsparungen aufgrund tieferer Tarife mit hinreichender Wahrscheinlichkeit an die Versicherten weitergegeben werden. Die Effizienzrechtfertigung nach Art. 5 Abs. 2 KG gelingt also.

Die Weko fügt hinzu, dass eine marktumfassende Verhandlungsgemeinschaft bedenklich wäre, dass aber die Bildung zweier Verhandlungsgruppen (z.B. mit einem Marktanteil von jeweils 50 % oder 60 und 40 %) in den Genuss dieser Rechtfertigung kommen könnte.<sup>43</sup> Wenn auf Anbieterseite keine Machtkonzentration bestünde, seien Verhandlungsgemeinschaften bis zu einem Marktanteil von 20-25 % zulässig.<sup>44</sup> Alle diese Aussagen gelten nur für den institutionellen *status quo*: Würde sich das System der Spitalfinanzierung ändern, indem z.B. der faktische Kontrahierungszwang wegfiel, würden sich die

---

<sup>38</sup> WEKO (oben Fn. 34) Tz. 114.

<sup>39</sup> WEKO (oben Fn. 34) Tz. 115-118.

<sup>40</sup> GALBRAITH 1952.

<sup>41</sup> Genauer zur Marktabgrenzung s. WEKO (oben Fn. 34) Tz. 81 ff.

<sup>42</sup> WEKO (oben Fn. 34) Tz. 138-139.

<sup>43</sup> WEKO (oben Fn. 34) Tz. 140-144.

<sup>44</sup> WEKO (oben Fn. 34) Tz. 145.

Kräfteverhältnisse zugunsten der Versicherer ändern und das Gegenmachtar-  
gument entfallen.<sup>45</sup>

Was Art. 7 KG betrifft, so stellt die Weko eine marktbeherrschende Stellung der öffentlichen und öffentlich subventionierten Spitäler als Gruppe auf den Märkten für im Halbprivatbereich und im Privatbereich erbrachten stationären Gesundheitsdienstleistungen in den Kantonen Luzern und Nidwalden fest. Das Vorliegen eines Missbrauchs wird aber verneint: Was den Vorwurf des Preismissbrauchs betreffe, so lägen die Tarife im Kanton Luzern im interkantonalen Durchschnitt. Für eine missbräuchliche Diskriminierung lägen keine ausreichenden Anhaltspunkte vor.<sup>46</sup>

## C. Einordnung

Zwei Aspekte der Verfügung erscheinen von besonderer Bedeutung. Zum einen wird der Stellenwert des Nachfragewettbewerbs unterstrichen. Die Parteien hatten den Einwand erhoben, dass von Preisabsprachen i.S. von Art. 5 Abs. 3 lit. a KG nur dann die Rede sein könne, wenn nicht nur die Einkaufspreise, sondern auch die Verkaufspreise koordiniert würden.<sup>47</sup> Dieses Argument reiht sich in die Diskussion um den *more economic approach* ein: Stellt man das Effizienzkriterium in den Mittelpunkt, ist in letzter Konsequenz bei der Anwendung des Kartellrechts nur noch die Frage zu stellen, ob die fragliche Verhaltensweise den Output beschränkt oder die Preise erhöht.<sup>48</sup>

Im europäischen Kartellrecht ist zu beobachten, dass der Stellenwert des Nachfragewettbewerbs mit solchen Argumenten relativiert wird, ohne dass es bis jetzt allerdings zu einer Verabsolutierung der Effekte auf den nachgelagerten Marktstufen gekommen wäre. So wird in den Horizontalleitlinien der Europäischen Kommission die Verwirklichung des Kartelltatbestands davon abhängig gemacht, dass aufgrund des Bestehens von Einkaufsmacht "die Kosteneinsparungen wahrscheinlich nicht an die Kunden weitergegeben" werden.<sup>49</sup> Das Wesen der Wettbewerbsbeschränkung beim Nachfragewettbewerb

---

<sup>45</sup> WEKO (oben Fn. 34) Tz. 148.

<sup>46</sup> WEKO (oben Fn. 34) Tz. 150-232.

<sup>47</sup> S. WEKO (oben Fn. 34) Tz. 72.

<sup>48</sup> Zur Kritik an solchen Engführungen s. KÜNZLER 2008, insbesondere S. 327 ff.; ZÄCH/KÜNZLER 2009, insbesondere 281 f., jeweils mwN.

<sup>49</sup> EUROPÄISCHE KOMMISSION, Leitlinien zur Anwendbarkeit von Artikel 81 EG-Vertrag auf Vereinbarungen über horizontale Zusammenarbeit, ABl. C 3/2 vom 6.1.2001, Tz. 128. Dieser Ansatz steht – zurückhaltend ausgedrückt – in einem Spannungsverhältnis zum europäischen Primärrecht. In Art. 101 Abs. 1 lit. a AEUV wird auch die Festsetzung der *Ankauf*preise als Regel-



wird also in der Wechselwirkung zwischen Einkaufs- und Verkaufsmärkten gesehen.

Dieser Ansatz ist nicht unproblematisch.<sup>50</sup> Wettbewerb sollte als ergebnisoffener Prozess betrachtet werden, so dass auch der Wettbewerb zwischen Nachfragern – unabhängig von absatzseitigen Überlegungen – als schützenswert eingestuft werden sollte.<sup>51</sup> Sicherlich ist bei der kartellrechtlichen Bewertung die Frage zu stellen, ob der gemeinsame Einkauf Transaktionskosten spart, ob er dazu dient, ähnliche Konditionen wie die grossen Wettbewerber zu erhalten, oder ob die Zusammenarbeit erforderlich ist, um einem starken Anbieter Paroli bieten zu können. Diese Überlegungen sind auf der Rechtfertigungsebene besser aufgehoben als beim Verbotstatbestand. Die Vorgehensweise der Weko, nämlich die einkaufsseitige Gruppenbildung unter Art. 5 Abs. 3 bzw. Abs. 1 KG zu subsumieren und das Gegenmachtargument sodann im Rahmen von Art. 5 Abs. 2 KG zu prüfen, verdient deshalb Zustimmung.

Dies leitet über zum zweiten wichtigen Aspekt des Verfahrens, nämlich zum Gegenmachtargument. Es besteht die Gefahr, dass die Machtzusammenballung auf beiden Marktseiten zur einvernehmlichen Gewinnverteilung zu Lasten Dritter benutzt wird. Selbst wenn Gegenmacht die Gewinnhöhe begrenzt, fördert sie weder die Allokationsfunktion des Wettbewerbs noch die dynamischen Wettbewerbsfunktionen, also Anpassungsflexibilität und Förderung des technischen Fortschritts.<sup>52</sup> Aus diesem Grund ist die Verwendung des Gegenmachtarguments an bestimmte Bedingungen zu knüpfen. Die Weko verfährt genau in diesem Sinne: Die Zulassung der Gruppenbildung wird davon abhängig gemacht, dass Restwettbewerb besteht, und dass keine negativen Auswirkungen auf die nachgelagerten Märkte zu verzeichnen sind. Im übrigen verhehlt die Kommission nicht, dass es sich hierbei nur um eine *second best*-Lösung handeln kann. Vorzugswürdig wäre es, wenn auf der Seite der Lei-

---

beispiel für eine wettbewerbsbeschränkende Vereinbarung aufgeführt. Der Stellenwert des Nachfragewettbewerbs wird auch in Art. 102 S. 2 lit. a AEUV unterstrichen: Danach kann der Missbrauch auch in der Erzwingung unangemessener *Einkaufspreise* bestehen. S. allerdings EuGH, 11.7.2006 – *FENIN*, Rs. C-205/03, Slg. 2006, I-6295: Der nachfragende Staat übe nur dann eine wirtschaftliche Tätigkeit aus, wenn auch die Verwendung der eingekauften Produkte wirtschaftlicher Natur sei. Ist dies nicht der Fall, sei die Unternehmenseigenschaft zu verneinen, so dass die Beschaffungstätigkeit nicht mehr der Kartellaufsicht unterliege.

<sup>50</sup> Grundlegend zum Thema KÖHLER 1977.

<sup>51</sup> S. allgemein zur Kontroverse zwischen ergebnisorientierten und ergebnisoffenen Ansätzen ZÄCH 2009.

<sup>52</sup> MESTMÄCKER/SCHWEITZER 2004, § 25 Rn. 92.



stungserbringer wirksamer Wettbewerb hergestellt würde. Dann wäre der Spielraum für eine Bündelung der Nachfrage sehr viel kleiner.<sup>53</sup>

## V. *Buchpreisbindung*

### A. Entwurf eines Buchpreisbindungsgesetzes

Die Schweizer Buchpreisbindungssaga ist reich an Episoden. Die Argumente pro und contra sind ausgetauscht.<sup>54</sup> Für den vorliegenden Zusammenhang ist es von Bedeutung, dass das System des Sammelrevers von Behörden und Gerichten rechtskräftig als unzulässige Wettbewerbsabrede qualifiziert worden ist, die auch horizontaler Natur ist.<sup>55</sup> Die Befürworter der Buchpreisbindung haben deshalb den Entwurf eines Bundesgesetzes über die Buchpreisbindung ins Parlament eingebracht, dem inzwischen beide Räte mit Modifikationen zugestimmt haben.<sup>56</sup> Es wiederholt sich damit eine Erfahrung, die beispielsweise auch in Deutschland gemacht wurde: Sobald es kartellrechtliche Schwierigkeiten gibt, werden private Preisbindungssysteme durch gesetzliche ersetzt, so dass mangels unternehmerischen Handelns bzw. aufgrund des Vorranges einer spezialgesetzlichen staatlichen Preisordnung die Anwendbarkeit des Kartellrechts entfällt.

Allerdings zeigen die Erfahrungen in der Europäischen Union, dass die Nichtanwendbarkeit des Kartellrechts nicht zu einem Freibrief für Preisbindungsgesetze führt. Wenn die Regeln über private Beschränkungen nicht anwendbar sind, gelten in der EU die Vorgaben für staatliche Handelsbeschränkungen, also die Grundfreiheiten des AEUV.<sup>57</sup> Der Europäische Gerichtshof (EuGH) hat festgestellt, dass gesetzliche Buchpreisbindungssysteme, die sich auf grenzüberschreitende Vorgänge erstrecken, in den Schutzbereich des freien Warenverkehrs (Art. 34 AEUV = ex-Art. 28 EG) eingreifen. Sie stellen Mass-

---

<sup>53</sup> S. die Bemerkungen bei WEKO (oben Fn. 34) Tz. 145, 148.

<sup>54</sup> S. zuletzt die Kontroverse zwischen HOWALD 2009 (contra) und BORER 2009 (pro).

<sup>55</sup> Ein Überblick zur Prozessgeschichte findet sich bei HOWALD 2009, Rz. 6 ff. S. auch die Untersuchung der Weko zum Vertrieb französischer Bücher in der Schweiz, WEKO, Pressemitteilung vom 17.3.2008. Dieses Verfahren bezieht sich allerdings nicht auf den Verdacht unzulässiger Wettbewerbsabreden, sondern auf den möglichen Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung aufgrund überhöhter Preise.

<sup>56</sup> Zuletzt der Ständerat am 2.3.2010, s. das Wortprotokoll unter [www.parlament.ch/ab/frameset/d/s/4813/318751/d\\_s\\_4813\\_318751\\_318784.htm](http://www.parlament.ch/ab/frameset/d/s/4813/318751/d_s_4813_318751_318784.htm).

<sup>57</sup> Der Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV) hat zum 1.12.2009 den EG-Vertrag ersetzt.

nahmen gleicher Wirkung wie mengenmässige Beschränkungen im Sinne der *Dassonville*-Formel dar, wenn sie nicht nach der *Keck*-Formel als blosse Verkaufsmodalitäten zu qualifizieren sind, welche den Absatz inländischer und eingeführter Waren in gleicher Weise berühren.

## **B. Die Beurteilung gesetzlicher Buchpreisbindungssysteme durch den EuGH**

Von grundsätzlicher Bedeutung sind die Ausführungen des EuGH in seinem 2009 gefällten "LIBRO"-Urteil zum österreichischen Buchpreisbindungssystem.<sup>58</sup> Die Voraussetzungen der *Keck*-Formel liegen nach Auffassung des Gerichtshofs nicht vor, da es das Gesetz in seiner ursprünglichen Form den Importeuren deutschsprachiger Bücher untersagte, den vom Verleger im Verlagsstaat festgesetzten Letztverkaufspreis zu unterschreiten. Erzeugnisse aus anderen Mitgliedstaaten werden damit weniger günstig behandelt als inländische Produkte. Eine Massnahme gleicher Wirkung wie eine mengenmässige Beschränkung liegt also vor.<sup>59</sup>

Eine Rechtfertigung nach Art. 36 AEUV (= ex-Art. 30 EG) scheidet aus, da der Erhalt der kulturellen Vielfalt nicht unter den Schutz des nationalen Kulturguts im Sinne der Vorschrift fällt. Der Schutz von Büchern als Kulturgut kommt aber als zwingendes Erfordernis des Allgemeininteresses (*Cassis*-Formel) in Betracht. Der EuGH ist der Auffassung, dass dieses Schutzziel durch weniger einschneidende Massnahmen erreicht werden könnte. Ein den Importeuren auferlegtes Verbot, den Verkaufspreis an die Besonderheiten des österreichischen Marktes anzupassen, sei unverhältnismässig.<sup>60</sup>

## **C. Folgerungen für die Schweiz**

Das Urteil inspiriert zu der Überlegung, wie sich der Entwurf des Schweizer Buchpreisbindungsgesetzes zum Freihandelsabkommen (FHA) von 1972<sup>61</sup>

---

<sup>58</sup> EuGH, 30.4.2009 – *Fachverband der Buch- und Medienwirtschaft*, Rs. C-531/07, Slg. 2009, I-3717. S. hierzu HOWALD 2010, MAMANE 2010.

<sup>59</sup> EuGH, Rs. C-531/07, Tz. 21-22.

<sup>60</sup> *Ibid.*, Tz. 32-36.

<sup>61</sup> Abkommen vom 22.7.1972 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft, SR 0.632.401.

verhält.<sup>62</sup> Im Unterschied zu der vom EuGH beurteilten Rechtslage in Österreich sind nach Art. 4 Abs. 1 des geplanten Schweizer Buchpreisbindungsgesetzes Verlage und Importeure frei in der Festlegung des Endverkaufspreises, so dass es nicht zu einer unterschiedlichen Bandlung von Importeuren oder ausländischen Verlegern auf der einen Seite und inländischen Verlegern auf der anderen Seite kommt. Nach der vom Nationalrat favorisierten Lösung ist dabei allerdings eine Bandbreite von 100 – 120 % des ausländischen Endverkaufspreises einzuhalten. Es ist fraglich, ob diese Regelung den ausländischen Verlagen und den Importeuren hinreichende Flexibilität im Hinblick auf die Besonderheiten des Schweizer Marktes gewährt.<sup>63</sup> Der Ständerat hat die Bandbreitenlösung gestrichen und möchte dem Preisüberwacher ein besonderes Mandat zur Überwachung des Marktes einräumen.

Die genannten Regeln betreffen die Preisfestsetzung durch Verlage und Importeure. Was den Bücherversand aus dem Ausland betrifft, so soll das Gesetz auf grenzüberschreitende Transaktionen zwischen Händlern und Endabnehmern von vornherein nicht anwendbar sein. Dies entspricht ungefähr der Rechtslage in Deutschland und in Österreich: Nach § 4 des deutschen Buchpreisbindungsgesetzes<sup>64</sup> gilt die Preisbindung nicht für grenzüberschreitende Verkäufe innerhalb des EWR, wobei ein ausdrücklicher Vorbehalt für Umgehungstatbestände statuiert wird. § 1 des österreichischen Buchpreisbindungsgesetzes<sup>65</sup> nimmt den grenzüberschreitenden elektronischen Handel aus und formuliert für die Preisfestsetzung in Bezug auf Reimporte aus dem EWR ebenfalls einen Umgehungstatbestand in § 3 Abs. 3 des Gesetzes.

Die Lösung im geplanten Schweizer Gesetz ist noch offen. Nach der Abstimmung im Ständerat<sup>66</sup> soll der grenzüberschreitende Bücherversand vollständig ausgenommen werden; die Ausnahme soll also nicht auf elektronisch abgeschlossene Verträge beschränkt sein. Ausserdem hat der Ständerat den Geltungsvorbehalt auf den inländischen Internethandel ausgedehnt, um diesem

---

<sup>62</sup> S. die zahlreichen Bezugnahmen auf das FHA im Wortprotokoll der Ständeratssitzung vom 2.3.2010 (oben Fn. 56), wobei die Frage eines allfälligen Verstosses gegen das FHA kontrovers diskutiert wird. Im Rahmen dieses Beitrags kann nicht auf die "klassischen" Streitfragen eingegangen werden, nämlich ob das FHA unmittelbar anwendbar ist, oder wie autonom oder europarechtskonform diejenigen Bestimmungen des FHA auszulegen sind, die mit entsprechenden Vorschriften des europäischen Rechts deckungsgleich sind. Zu diesen Fragen s. beispielsweise COTTIER/DIEBOLD 2009, Tz. 17 ff.

<sup>63</sup> HOWALD 2010, 27-28, geht insofern von einem Verstoß gegen das FHA aus.

<sup>64</sup> Gesetz über die Preisbindung für Bücher (BGBl. I 2002, 3448, letzte Änderung in BGBl. 2006 I 1530).

<sup>65</sup> Bundesgesetz über die Preisbindung bei Büchern (BGBl. I 45/2000, letzte Änderung in BGBl. 82/2009).

<sup>66</sup> S.o. Fn. 56.

Chancengleichheit gegenüber ausländischen Internethändlern einzuräumen. Wie auch immer man zu der Frage der Buchpreisbindung steht: Eine unterschiedliche Behandlung des inländischen Onlinehandels und der stationären inländischen Buchhandlungen erscheint unvertretbar. Die Luft für die Buchpreisbindung ist im Zeitalter des e-commerce dünn geworden.

## **VI. *Zivilrechtsfolgen kartellrechtswidriger Horizontalabreden***

### **A. Nichtigkeit**

Wie das Bundesgericht nun ausdrücklich entschieden hat, sind kartellrechtswidrige Rechtsgeschäfte *ex tunc* nichtig.<sup>67</sup> Die Nichtigkeit reicht so weit, wie es der Schutzzweck der kartellrechtlichen Norm verlangt.<sup>68</sup> Der Gesetzgeber sollte das Gesetz entsprechend anpassen: Art. 13 KG spricht von der "Anordnung" kartellrechtlicher Ungültigkeit. Dahinter steht das (alte) Missbrauchsprinzip, dem ein *gestaltender* Effekt behördlicher oder gerichtlicher Entscheidungen entspricht. Wenn die kartellrechtliche Nichtigkeit *ipso iure* eintritt, wie es die h.L. und neuerdings das Bundesgericht vertreten, sollte in Art. 13 KG die Rede von der *Feststellung* und nicht der *Anordnung* der Nichtigkeit sein.

### **B. Horizontalabreden in der KG-Evaluation**

In der Evaluation des Kartellgesetzes werden die horizontalen Wettbewerbsabreden eher auf der Sanktions- denn der Tatbestandsseite thematisiert. Der Vermutungstatbestand des Art. 5 Abs. 3 KG soll nicht geändert werden. Das 2003 eingeführte System der direkten Sanktionen soll aufrechterhalten werden, die Einführung von Individualsanktionen wird in Erwägung gezogen.<sup>69</sup>

---

<sup>67</sup> BGE 134 III 438 (441 f.).

<sup>68</sup> S. hierzu umfassend JACOBS 2009.

<sup>69</sup> Vgl. BUNDESRAT, Bericht gestützt auf Art. 59a Kartellgesetz über die Evaluation des Kartellgesetzes und Vorschläge zum weiteren Vorgehen, 25.3.2009, S. 12 f. ([www.weko.admin.ch/dokumentation/00216/index.html](http://www.weko.admin.ch/dokumentation/00216/index.html)). Eine verwaltungs- oder strafrechtliche Ausgestaltung ist möglich, vgl. hierzu HEINEMANN 2009b. Die Eidgenössischen Räte haben der Motion Schweiger zugestimmt, zuletzt, am 3.12.2009, der Nationalrat in modifizierter Form: *de lege artis* ausgestaltete Compliance-Programme sollen zu einer Bussenreduktion veranlassen (nicht aber, wie ursprünglich vorgeschlagen, bis hin zu einem Bussenausschluss führen). Die

### C. Aktivlegitimation von Konsumenten und ihren Verbänden

Im vorliegenden Zusammenhang sind Fragen der Sanktionsausgestaltung nur insofern von Interesse, als sie einen spezifischen Bezug zu den Horizontalabreden haben. Die grösste Lücke von besonderer Bedeutung für die harten Kartelle, geradezu eine offene Flanke, ist im Bereich der zivilrechtlichen Aktivlegitimation zu verzeichnen. Nach überwiegender Auffassung haben die Konsumenten keine eigenen Ansprüche im Fall eines Wettbewerbsverstosses. Dies wird aus Art. 12 Abs. 1 KG abgeleitet, wonach solche Ansprüche nur demjenigen zustehen, der "in der Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs behindert wird". Dies ist aus mehreren Gründen unbefriedigend. In systematischer Hinsicht erscheint es widersprüchlich, das marktwirtschaftliche System auf das Prinzip der Konsumentensouveränität zu gründen, dem Souverän dann aber eigene Ansprüche zu verweigern und ihn auf die Möglichkeit behördlichen Einschreitens zu verweisen.

In dogmatischer Hinsicht führt die Kombination mit der *passing on*-Problematik zu einer Aporie: Nach der überwiegenden und überzeugenden Auffassung der Schweizer Rechtslehre ist der Einwand der Schadensabwälzung statthaft. Jedermann soll genau den Schaden verlangen können, der letztendlich bei ihm verblieben ist. Verweigert man den Konsumenten (und ihren Verbänden) die Aktivlegitimation, und werden die kartellbedingten Aufpreise vollständig auf die Konsumenten abgewälzt, scheitern die Schadenersatzansprüche der zwischengelagerten Markstufen am *passing on*-Einwand und die Ansprüche der Konsumenten an der Aktivlegitimation. Eine ungerechtfertigte Entlastung der Schädiger und ein Einbruch in fundamentale Prinzipien zivilrechtlicher Gerechtigkeit sind die Folge. In der anstehenden KG-Revision sollten den Konsumenten also eigene Ansprüche eingeräumt werden. Wegen des Phänomens der fein fragmentierten Streuschäden sollten auch die Konsumentenverbände klageberechtigt sein. Wahrt man hierbei Augenmass, z.B. durch die Verankerung des *opt in*-Prinzips, wird es nicht zu privaten Klageexzessen kommen.<sup>70</sup>

---

Ausgestaltung der Strafsanktionen gegen natürliche Personen wird im Rahmen der KG-Evaluation geprüft.

<sup>70</sup> S. zum Themenkreis HEINEMANN 2009a, S. 66 ff.

## VII. *Ausblick*

Der Berichtszeitraum wird durch einen Meilenstein in der Geschichte des Schweizer Kartellrechts geprägt: Im Fall der Elektroinstallationsbetriebe Bern wurden erstmals horizontale Wettbewerbsabreden mit einer direkten Sanktion belegt.

Von allgemeiner Bedeutung ist die Diskussion über den Einfluss der Finanz- und Wirtschaftskrise auf die Anwendung des Kartellrechts. Ein gängiges Argumentationsmuster in Krisenzeiten ist der Wunsch nach stärkerer Kooperation zur gemeinsamen Überwindung der Schwierigkeiten. Das Kartellrecht kennt im Bereich der Fusionskontrolle die Sanierungsfusion (*failing company defence*).<sup>71</sup> Trotz qualifizierter Marktbeherrschung kann ein Zusammenschluss genehmigt werden, wenn er nicht kausal für die marktbeherrschende Stellung ist. Entsprechende Überlegungen wären auch im Bereich des Kartellverbots statthaft, werden aber selten angestrengt. Hier steht eher die Frage im Vordergrund, welchen Einfluss eine Krise oder die schlechte finanzielle Situation eines Unternehmens auf die Berechnung der Geldbusse hat.<sup>72</sup> Bei einer solchen, auf die Abfederung von Härtefällen abstellenden Betrachtungsweise sollte es sein Bewenden haben. Bestimmte Formen des Marktversagens, die sich in der Krise gezeigt haben, mögen zu partiellen Korrekturen am Ordnungsrahmen, insbesondere im Finanzsektor veranlassen. Sie liefern aber kein prinzipielles Argument gegen die staatliche Verantwortung für die Absicherung des Wettbewerbssystems.<sup>73</sup> Die Weko geht zu Recht von dem Prinzip aus, dass nicht die Krise zur Zurücknahme des Kartellrechts zwingt, sondern dass umgekehrt die Aufrechterhaltung des Wettbewerbs die beste Voraussetzung ist, um die Folgen der Krise möglichst schnell zu überwinden.<sup>74</sup>

---

<sup>71</sup> ZÄCH 2005, Rn. 814-816.

<sup>72</sup> Nach Art. 2 Abs. 2 SVKG ist bei der Festsetzung der Sanktion das Prinzip der Verhältnismässigkeit zu beachten. Die finanzielle Leistungsfähigkeit des Unternehmens ist in diesem Zusammenhang zu berücksichtigen.

<sup>73</sup> FIKENTSCHER 2009. S. auch BÖHM 1954, S. 379 f.: "Jedem Schornstein, der in der Krise bloss deshalb weiterr Raucht, weil der Betrieb einem Kartell angehört ... steht irgendwo in der Wirtschaft ein Schornstein gegenüber, der aus dem gleichen Grunde zu rauchen aufhört."

<sup>74</sup> S. die Erklärung des Marchfeld Competition Forum (eines Zusammenschlusses mittel- und osteuropäischer Kartellbehörden, dem auch die Schweiz angehört) vom Februar 2009: "The maintenance of a competitive environment is a necessary precondition for the improvement of the existing economic situation" ([www.bwb.gv.at/NR/rdonlyres/A2914C5A-0462-4AAE-8A6D-3394E87540D9/36634/PositionWirtschaftskrise.pdf](http://www.bwb.gv.at/NR/rdonlyres/A2914C5A-0462-4AAE-8A6D-3394E87540D9/36634/PositionWirtschaftskrise.pdf)).



## Bibliographie/Literatur

- BAKER&MCKENZIE (Hrsg.) 2007: Kartellgesetz – Stämpfli Handkommentar, Bern
- BÖHM, FRANZ 1954: Kartelle und Krise, WuW, 367-387
- BORER, JÜRIG 2009: Buchpreisbindung – Zur Debatte über eine gesetzliche Regelung, in: Jusletter 30. November 2009
- COTTIER, THOMAS/DIEBOLD, NICOLAS 2009: Warenverkehr und Freizügigkeit in der Rechtsprechung des Bundesgerichts zu den Bilateralen Abkommen, in: Jusletter 2. Februar 2009
- FIKENTSCHER, WOLFGANG 2009: Finanzkrise, Wettbewerb und Regulierung, GRUR Int., 635-646
- FOREST, DOMINIQUE/VAIGAUSKAITE, DOVILE 2009: EC competition policy in the payments area: new developments in MIFs for cards and SEPA direct debit, Competition Policy Newsletter 2009-2
- GALBRAITH, JOHN KENNETH 1952: American Capitalism: The Concept of Countervailing Power, Boston
- HEINEMANN, ANDREAS 2009a: Die privatrechtliche Durchsetzung des Kartellrechts – Empfehlungen für das Schweizer Recht auf rechtsvergleichender Grundlage, Bern
- HEINEMANN, ANDREAS 2009b: Kriminalrechtliche Individualsanktionen im Kartellrecht?, in: PETER V. KUNZ/DOROTHEA HERREN/THOMAS COTTIER/RENÉ MATTEOTTI (Hrsg.), Wirtschaftsrecht in Theorie und Praxis – Festschrift für Roland von Büren, Basel, S. 595-624
- HEITZ, CHRISTOPH 2008: Die Sanktionierung von Submissionsabsprachen – Eine Untersuchung der Möglichkeiten zur Bekämpfung von Submissionsabsprachen unter besonderer Berücksichtigung des Art. 146 StGB, Zürich
- HOWALD, SAMUEL 2009: Das Projekt Buchpreisbindungsgesetz sollte ad acta gelegt werden, in: Jusletter 23. November 2009
- HOWALD, SAMUEL 2010: Das LIBRO-Urteil des Europäischen Gerichtshofes und dessen mögliche Implikationen für die Schweiz, European Law Reporter, 23-29
- INTERNATIONAL COMPETITION NETWORK 2009: Anti-Cartel Enforcement Template Switzerland (<http://www.weko.admin.ch/dokumentation/01007/index.html>)
- JACOBS, RETO 2009: Flexible Nichtigkeit kartellrechtswidriger Verträge, in: PETER V. KUNZ/DOROTHEA HERREN/THOMAS COTTIER/RENÉ MATTEOTTI (Hrsg.), Wirtschaftsrecht in Theorie und Praxis – Festschrift für Roland von Büren, Basel, S. 573-594
- KÖHLER, HELMUT 1977: Wettbewerbsbeschränkungen durch Nachfrager, München
- KÜNZLER, ADRIAN 2008: Effizienz oder Wettbewerbsfreiheit? Zur Frage nach den Aufgaben des Rechts gegen private Wettbewerbsbeschränkungen, Tübingen
- MAMANE, DAVID 2010: Buchpreisbindung: Beurteilung der österreichischen Buchpreisbindung durch den EuGH, sic!, 56-63
- MESTMÄCKER, ERNST-JOACHIM/SCHWEITZER, HEIKE 2004: Europäisches Wettbewerbsrecht, 2. Aufl., München



- ROCHET, JEAN-CHARLES/TIROLE, JEAN 2003, Platform Competition in Two-Sided Markets, Journal of the European Economic Association, 990-1029
- WEBER, ROLF H./RIZVI, SALIM 2010: Submissionskartell – Horizontale Kartellabsprachen am Beispiel der Elektroinstallationsbetriebe Bern, Jusletter 1. Februar 2010
- ZÄCH, ROGER 2005: Schweizerisches Kartellrecht, 2. Auflage, Bern
- ZÄCH, ROGER 2009: Wettbewerbsfreiheit oder Konsumentenwohlfahrt als Zweck des Kartellgesetzes? Schranken des Rechts, in: ROGER ZÄCH (Hrsg.), Schweizerisches Kartellrecht – an Wendepunkten?, Zürich, St. Gallen, 1-31
- ZÄCH, ROGER/KÜNZLER, ADRIAN 2009: Efficiency or freedom to compete? Towards an axiomatic theory of competition law, ZWeR, 269-288